DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2298 – Rücktritt vom gegenseitigen Erbvertrag; Ausschlagung des Zugewendeten

BGB §§ 433, 577, 577a – Realteilung eines mit zwei Einfamilienhäusern bebauten Grundstücks; Vorkaufsrecht und Kündigungsschutz zugunsten des Mieters bei Veräußerung eines der vermieteten Hausgrundstücke

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 2224, 2197 – Verhältnis zwischen postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO §§ 19 Abs. 1 S. 1, 14 – Keine Pflicht des Notars zu Nachfragen „ins Blaue hinein“

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2298

Rücktritt vom gegenseitigen Erbvertrag; Ausschlagung des Zugewendeten

I. Sachverhalt

Zwei Schwestern haben einen Erbvertrag errichtet. Eine der Schwestern (S1) ist bereits verstorben. In dem Erbvertrag hat S1 für den Fall, dass sie ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstirbt, erbvertraglich bindend ihre Schwester (S2) zur Erbin eingesetzt. S2 hat in dem Erbvertrag die zwischenzeitlich vorverstorbene S1, ersatzweise deren Abkömmlinge, erbvertraglich bindend zu Erben bestimmt. Beide Schwestern haben sich im Erbvertrag ein Rücktrittsrecht vorbehalten.

Bei Tod von S1 hinterließ diese ein Kind, sodass S2 nicht Erbin geworden ist.

S2 will nun andere Personen als die ersatzweise berufenen Abkömmlinge der S1 zu Erben einsetzen.

II. Frage

Ist die Änderung der Erbfolge trotz des bindenden Erbvertrages möglich, da S2 ein Rücktrittsrecht zusteht und gemäß § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB der Überlebende seine Verfügung durch Testament aufheben kann, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt?

Zu bemerken bleibt, dass im vorliegenden Fall eine Ausschlagung durch S2 (bisher) nicht erfolgt ist, da S2 aufgrund des vorhandenen Kindes von S1 nicht Erbin ihrer Schwester geworden ist.

III. Zur Rechtslage

1. Rücktrittsvorbehalt im Erbvertrag und Rücktritt bei einseitigem Erbvertrag

Der Erblasser kann sich gem. § 2293 BGB im Erbvertrag ein Rücktrittsrecht vorbehalten. Die Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt dann gem. § 2296 Abs. 2 BGB durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsschließenden. Mit dem Tod des ande-

ren Vertragsschließenden wird die Ausübung des Rücktrittsrechts bei einem **einseitigen** Erbvertrag nicht unzulässig; es ändert sich lediglich die Form. Denn § 2297 S. 1 BGB sieht vor, dass der Rücktritt nach dem Tod des anderen Vertragsschließenden durch Testament erfolgen kann. Die vorstehende Regelung gilt allerdings nur im Falle eines einseitigen Erbvertrages (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.10.2022, § 2297 Rn. 4).

2. Rücktritt im Falle eines zweiseitigen Erbvertrages

Handelt es sich dagegen um einen **zweiseitigen** Erbvertrag, **erlischt das Rücktrittsrecht** gem. § 2298 Abs. 2 S. 2 BGB **mit dem Tode** des anderen Vertragsschließenden. Unter einem „zweiseitigen“ Erbvertrag versteht man einen Erbvertrag, in dem jeder Teil eine oder mehrere vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen getroffen hat, sei es zugunsten des Vertragspartners oder zugunsten eines Dritten (vgl. Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019, § 2298 Rn. 1). Ein solcher Fall liegt hier vor.

Nach dem Gesetz **erlischt** das vorbehaltene Rücktrittsrecht ausnahmsweise dann **nicht** durch den Tod des Vertragspartners, wenn der überlebende, rücktrittsberichtigte Vertragspartner das ihm durch den Erbvertrag Zugewendete **ausschlägt** (§ 2298 Abs. 2 S. 3 BGB) oder wenn ein abweichender Wille der Vertragsteile anzunehmen ist (§ 2298 Abs. 3 BGB). Nach § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB kann sich der überlebende Vertragsteil folglich das Rücktrittsrecht, das er sich im Erbvertrag vorbehalten hat, über den Tod des Vertragspartners hinaus erhalten, wenn er das ihm durch den Erbvertrag Zugewendete ausschlägt (vgl. §§ 1942 ff., 2180 BGB). Er kann dann – ähnlich wie beim einseitigen Erbvertrag, dort ohne Ausschlagung (vgl. § 2297 BGB) – seine vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17).

Für den Erhalt des Rücktrittsrechts gem. § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB genügt es, wenn der überlebende Vertragspartner dasjenige ausschlägt, was ihm „durch den Vertrag“, also **in vertragsmäßigen Verfügungen** zugewendet wurde; Zuwendungen in einseitigen Verfügungen muss er nicht ausschlagen (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17 m. w. N.). Erforderlich ist jedoch die Ausschlagung **aller** vertragsmäßigen Zuwendungen (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17).

Für den Fall, dass der verstorbene Vertragsteil dem Überlebenden **nichts zugewendet** hat, kann der Überlebende auch nichts ausschlagen; dies wird in der Literatur dahingehend interpretiert, dass der Überlebende dann die in § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB eingeräumte **Befugnis nicht ausüben kann** (Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2298 Rn. 5; Staudinger/Kanzleiter,

§ 2298 Rn. 17; MünchKommBGB/Musielak, 9. Aufl. 2022, § 2298 Rn. 6). Hat der Erstversterbende im Erbvertrag nur Dritte bedacht, erlischt das Rücktrittsrecht des Überlebenden daher mit dem Tod des Erstversterbenden, da es keine auszuschlagenden Verfügungen für den Überlebenden gibt, es sei denn, ein anderer Wille der Vertragsteile ist anzunehmen (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17).

In diesem Zusammenhang ist eine etwaige Ausschlagung des Dritten nach h. A. im Übrigen bedeutungslos, mag dieser ausschließlich oder neben dem überlebenden Vertragsteil bedacht sein (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17 m. w. N.).

3. Konsequenzen für den vorliegenden Fall

Für den vorliegenden Fall ergibt sich damit Folgendes: Wäre im Erbvertrag keine vertragsmäßige Verfügung zugunsten der S2 enthalten, gäbe es – vorbehaltlich eines abweichenden Willens der Vertragsschließenden – keine Möglichkeit mehr, die eigene vertragsmäßige Verfügung (hier: zugunsten der ersatzweise berufenen Abkömmlinge der S1) aufzuheben. Im Erbvertrag war allerdings eine vertragsmäßige Erbeinsetzung der S2 für den Fall des Versterbens der S1 ohne Abkömmlinge enthalten. Es **liegt** daher eine **vertragsmäßige Zuwendung zugunsten der S2 vor**, die grundsätzlich auch ausgeschlagen werden kann. Dass diese (bislang) nicht zum Tragen gekommen ist, da S1 nicht ohne Abkömmlinge verstorben ist, steht der Wirksamkeit der (bedingten) Erbeinsetzung der S2 nicht entgegen, zumal die Erbeinsetzung des Kindes der S1 theoretisch nachträglich noch unwirksam werden könnte, bspw. infolge Anfechtung oder Erbnunwürdigkeitsklage. Des Weiteren ist eine Ausschlagung durch S2 möglich, auch wenn S2 derzeit nicht zur Erbfolge berufen ist (und – wohlgeachtet – deswegen auch noch keine Ausschlagungsfrist angelaufen ist; vgl. § 1944 Abs. 2 S. 1, 2 BGB). Maßgeblich für die Ausschlagung ist nach dem Gesetz lediglich der Eintritt des Erbfalls (vgl. § 1946 BGB), nicht aber der Anfall der Erbschaft. Nachberufene können daher schon vor einem Wegfall des Erstberufenen für den Fall ausschlagen oder annehmen, dass ihnen die Erbschaft anfallen sollte (vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1946 Rn. 2).

4. Ergebnis

Es liegt ein untypischer Fall des § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB vor, weil die überlebende Schwester zwar durch vertragsmäßige Verfügung zur Erbin berufen wurde, die vertragsmäßige, lediglich bedingte Erbeinsetzung aber infolge Vorhandenseins eines eigenen Kindes der erstverstorbenen Schwester nicht zum Tragen kam. Gleichwohl dürfte S2 ihre eigene vertragsmäßige Verfügung zugunsten der Abkömmlinge der S1 durch Testament aufheben können, wenn sie ihre

vertragsmäßige (bedingte) Erbeinsetzung durch S1 gegenüber dem Nachlassgericht ausschlägt. Dass die Erbschaft der S2 (bislang) nicht angefallen ist, steht der Wirksamkeit der Ausschlagung nicht entgegen (vgl. § 1946 BGB).

BGB §§ 433, 577, 577a

Realteilung eines mit zwei Einfamilienhäusern bebauten Grundstücks; Vorkaufsrecht und Kündigungsschutz zugunsten des Mieters bei Veräußerung eines der vermieteten Hausgrundstücke

I. Sachverhalt

A ist Eigentümer eines Grundstücks, welches mit zwei unmittelbar aneinander gebauten Häusern bebaut ist. Ein Haus ist nicht vermietet und steht leer (Haus 1) und das andere Haus ist zu Wohnzwecken an M vermietet (Haus 2). Das Grundstück wurde zwischen den beiden Häusern real geteilt und das mit Haus 1 bebaute Grundstück an einen Dritten verkauft. Das mit Haus 2 bebaute Grundstück soll jetzt auch an einen Dritten verkauft werden. M wendet ein, dass er ein Mietervorkaufsrecht habe und die Sperrfrist nach § 577a BGB gelte, weil die Realteilung wie eine Aufteilung in Wohnungseigentum gem. §§ 577 f. BGB zu behandeln sei.

II. Fragen

1. Hat M bezüglich des mit Haus 2 bebauten Grundstücks ein Mietervorkaufsrecht gem. § 577 BGB?
2. Besteht eine Sperrfrist bei der Eigenbedarfskündigung gem. § 577a BGB?

III. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung von §§ 577, 577a BGB bei Realteilung von Grundstücken

Mit Urteil vom 28.5.2008 hat der VIII. Zivilsenat des BGH (DNotZ 2008, 771) entschieden, dass die **§§ 577, 577a BGB grundsätzlich** auch auf die **Realteilung** von Grundstücken **entsprechend anwendbar** sein können. Die Entscheidung betraf die Veräußerung eines mit einem Einfamilienreihenhaus bebauten Grundstücks. Das Grundstück war aus einer Realteilung hervorgegangen. Der BGH stellte entsprechend dem Klageantrag der Mieterin fest, dass diese für den Fall des erstmaligen Verkaufs des Reihenhausgrundstücks vorkaufsberechtigt sei und dass die Mieterin für den Fall des Verkaufs des Reihenhausgrundstücks den Kündigungsschutz gem. § 577a BGB genieße (vgl. auch BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.7.2022, § 577 Rn. 10, 577a Rn. 11, 31; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl. 2020, § 577 BGB Rn. 85, § 577a BGB Rn. 29; Hannemann/Wiegner,

Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 33 Rn. 50).

Mit Urteil vom 23.6.2010 dehnte der VIII. Zivilsenat des BGH (NJW 2010, 3571) seine Rechtsprechung auf die Veräußerung eines durch Realteilung entstandenen und mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstücks aus. Im Gegensatz zur ersten Entscheidung beschränkte sich der Klageantrag des Mieters indes auf die Feststellung des Kündigungsschutzes gem. § 577a BGB. Vor dem Hintergrund, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 577a BGB identisch sind mit denen des Vorkaufsrechts gem. § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB, ist zumindest nicht auszuschließen, dass das Gericht auch im Falle der Veräußerung eines Zweifamilienhauses ein Vorkaufsrecht zugunsten des Mieters bejahen würde (vgl. insbesondere den amtlichen Leitsatz der vorgenannten Entscheidung).

Die Bejahung eines Mietervorkaufsrechts im Falle der Veräußerung eines mit einem Zwei- oder Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks, das aus einer Realteilung hervorgegangen ist, stünde indes in einem Widerspruch zu einer jüngeren Entscheidung des V. Zivilsenats des BGH (DNotZ 2014, 218). Der V. Zivilsenat hatte sich nämlich mit der Frage zu befassen, ob auch die Veräußerung eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten, aber (noch) nicht nach WEG aufgeteilten Grundstücks (sog. *en-bloc*-Verkauf) ein Vorkaufsrecht zugunsten der Mieter gem. § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB zu begründen vermag (vgl. auch Klühs, Mietervorkaufsrecht bei *en-bloc*-Verkauf, NZM 2013, 809). Das Gericht verneinte diese Frage mit der überzeugenden Begründung, dass ein Vorkaufsrecht nur dann bestehen kann, wenn der zwischen vorkaufsverpflichtetem Vermieter und Drittem geschlossene Kaufvertrag (sog. Erstkaufvertrag) seinem Inhalt nach den Mieter in die Lage versetzen würde, im Falle der Vorkaufsrechtsausübung das *Eigentum an seiner Mietsache* zu erlangen. Das Gericht erteilte insbesondere jenen Literaturstimmen eine klare Absage, die sich mit Blick auf die Mehrzahl von Mietvertragsparteien für die Entstehung einer Bruchteilsgemeinschaft am Kaufgegenstand ausgesprochen hatten. Der V. Zivilsenat verlangt mithin eine **räumliche Kongruenz zwischen Kaufgegenstand und Mietsache** (vgl. auch DNotI-Internetgutachten Nr. 169182). Dieser Argumentation hat sich nun wiederum der VIII. Zivilsenat des BGH (NJW-RR 2016, 910 = DNotI-Report 2016, 105) auch für den Fall der Realteilung eines Grundstücks angeschlossen. Der VIII. Zivilsenat folgt ausdrücklich der Rechtsauffassung des V. Senats, wonach der Mieter nur dann ein Vorkaufsrecht hat, wenn er infolge einer Vorkaufsrechtsausübung einen Anspruch auf (Real-)Teilung *entsprechend seines Mietgegenstandes* erlangt.

Vor diesem Hintergrund bleibt abzuwarten, ob der VIII. Zivilsenat das Vorkaufsrecht gem. § 577 BGB tatsächlich auf jene Realteilungsfälle ausdehnen wird, bei denen mehrere Mietvertragsparteien ein Wohnhaus bewohnen, das sich auf einem real geteilten Grundstück befindet; diese Frage war *nicht* Gegenstand der Entscheidung vom 23.6.2010. Anzumerken ist schließlich noch, dass der BGH in dieser Entscheidung dem Räumungsantrag des Vermieters stattgegeben hatte, weil das Gericht eine analoge Anwendung des Kündigungsschutzes gem. § 577a BGB in den Fällen einer Kündigung gem. § 573a BGB ablehnte.

2. Ergebnis

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt steht die Veräußerung eines Einfamilienhauses in Rede, bei dem sich das Mietobjekt und der Kaufgegenstand decken, sodass M in der Tat ein Vorkaufsrecht gem. § 577 Abs. 1 BGB analog zusteht und er den Kündigungsschutz gem. § 577a BGB analog genießt. Dies setzt freilich voraus, dass die Gebrauchsüberlassung an M zeitlich vor der Realteilung stattfand.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

Erbbaurecht § 30

Vorausverzicht des Eigentümers auf das Kündigungsrecht eines Mietvertrages bei Ablauf des Erbbaurechts

Abruf-Nr.:

BGB §§ 1229, 1149; GmbHG § 15

Verpfändung eines Geschäftsanteils; Call-Option als unzulässige Verfallvereinbarung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 2224, 2197

Verhältnis zwischen postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung

Das Verhältnis von postmortaler Vollmacht zu einer vom Erblasser angeordneten Testamentsvollstreckung kann nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall aufgrund einer Auslegung der Vollmachtsurkunde und der letztwilligen Verfügung unter Berücksichtigung des Erblasserwillens ermittelt werden.

BGH, Beschl. v. 14.9.2022 – IV ZB 34/21

Problem

Die Enkeltochter und Alleinerbin der am 27.4.2020 verstorbenen ursprünglichen Antragstellerin (=Erblasserin) erklärte in deren Namen in einem Güterrechtsverfahren eine Antragsrücknahme hinsichtlich vermögensrechtlicher Ansprüche gegen den Ehemann der Antragstellerin. Die Wirksamkeit dieser Antragsrücknahme ist streitig.

Die Erblasserin erteilte am 31.1.2020 ihrer Enkeltochter eine transmortale Vorsorgevollmacht, sie in allen persönlichen und Vermögensangelegenheiten gerichtlich zu vertreten. Mit eigenhändigem Testament vom 11.2.2020 setzte die Erblasserin ihre Enkeltochter zur Alleinerbin ein, ordnete Testamentsvollstreckung an und berief die Beschwerdeführerin zur Testamentsvollstreckerin. Am selben Tag erteilte die Erblasserin der Beschwerdeführerin eine postmortale Vollmacht auf den Todesfall, um sie nach ihrem Tod „in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten gegenüber jedermann und in jeder Weise zu vertreten“. Am 22.2.2020 errichtete die Erblasserin nochmals ein eigenhändiges Testament, worin sie die Alleinerbeinsetzung der Enkelin wiederholte, aber nunmehr eigens „wegen der Geltendmachung und Durchsetzung (ihrer) Ansprüche gegen (den Ehemann)“ Testamentsvollstreckung anordnete. Zum Testamentsvollstrecker wurde ein Rechtsanwalt berufen. Für die von dieser Testamentsvollstreckung nicht betroffenen Aufgabenkreise sollte es im Übrigen bei der Testamentsvollstreckung durch die Beschwerdeführerin verbleiben.

Das Amtsgericht hielt in seiner Kostenentscheidung die Antragsrücknahme durch die transmortal bevollmächtigte Enkeltochter für wirksam. Das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin wurde vom OLG Rostock verworfen, da die Beschwerdeführerin nicht beschwerdeberechtigt sei. Für diese Berechtigung böten weder ihre

Stellung als Testamentsvollstreckerin noch die ihr erteilte Vollmacht auf den Todesfall eine hinreichende Grundlage.

Entscheidung

Der BGH bestätigte die Entscheidung des OLG Rostock und wies die Rechtsbeschwerde zurück. Die Beschwerdebefugnis folge zunächst nicht aus § 2224 Abs. 1 BGB, da die Beschwerdeführerin nach Auslegung der vorliegenden Verfügungen von Todes wegen für die Durchsetzung der streitbefangenen Rechte nicht mehr als Testamentsvollstreckerin berufen sei. Denn das Testament vom 11.2.2020 sei insoweit nach § 2258 Abs. 1 BGB durch die Verfügung vom 22.2.2020 widerrufen, in der nur noch der Rechtsanwalt als Testamentsvollstrecker zur Durchsetzung der Ansprüche eingesetzt war. Dieser war jedoch bewusst untätig geblieben. Auch eine Qualifikation der sofortigen Beschwerde als Erhaltungsmaßnahme i. S. v. § 2224 Abs. 2 BGB lasse sich nicht begründen. Selbst wenn man § 2224 Abs. 2 BGB auf die hier einschlägige Nebenvollstreckung für anwendbar halte, dürfe die Beschwerdeführerin nicht ihre eigene Entscheidung über die Rechtsmitteleinlegung an die Stelle derjenigen des hierfür zuständigen Rechtsanwalts setzen.

Schließlich schloss sich der BGH der Auffassung des OLG an, wonach die Beschwerdeführerin auch aufgrund der ihr am 11.2.2020 erteilten postmortalen Generalvollmacht nicht zur Einlegung der Beschwerde befugt gewesen sei. Er bestätigte im Grundsatz die h. M., dass eine postmortale Vollmacht selbständig neben einer Testamentsvollstreckung stehe und dem Bevollmächtigten eigenständige, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse verleihen könne (OLG München ErbR 2013, 33 = DNotI-Report 2012, 61; DNotZ 2012, 303, 304; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Einf. v. § 2197 BGB Rn. 12). Zwar werde es aus Sicht des BGH im Allgemeinen dem maßgeblichen Willen des Erblassers entsprechen, dass keine voneinander unabhängigen Machtbefugnisse verschiedener Personen mit gegenseitiger Störungsmöglichkeit nebeneinander bestehen. Trotzdem sei in jedem Einzelfall der wirkliche Wille des Vollmachtgebers und Erblassers durch Auslegung beider Urkunden – unabhängig von ihrer zeitlichen Reihenfolge – nach den Maßstäben des § 133 BGB zu erforschen. Auf diese Weise sei zu ermitteln, ob und inwieweit der Erblasser voneinander unabhängige Machtbefugnisse des Bevollmächtigten und des Testamentsvollstreckers begründen wollte. Hierbei könnten auch Begleitumstände, der verfolgte Zweck und die bestehende Interessenlage berücksichtigt werden. Davon ausgehend nahm der BGH ebenso wie das OLG

an, dass der Beschwerdeführerin die postmortale Vollmacht hier schon wegen des identischen Urkundsdatums im inneren Zusammenhang mit ihren Aufgaben als Testamentsvollstreckerin erteilt worden sei, sodass ihr von vornherein keine über ihr Testamentsvollstreckeramt hinausgehenden Befugnisse verliehen worden seien. Daher berechtige die postmortale Vollmacht die Beschwerdeführerin ebenso wenig zur Beschwerdeinlegung wie ihre teilweise widerrufenen Stellung als Testamentsvollstreckerin.

Praxishinweis

Der durch drei Instanzen geführte Rechtsstreit unterstreicht die Bedeutung des vorsorglichen Ratschlags, bei Errichtung einer trans-/postmortalen Vollmacht und einer Verfügung von Todes wegen das Vorliegen der jeweils anderen Urkunde zu erfragen und im Falle angeordneter Testamentsvollstreckung besonders auf die eindeutige inhaltliche Abstimmung beider Urkunden zu achten. Dasselbe gilt, wenn eine angeordnete Vor- und Nacherbfolge Unklarheiten über die Reichweite einer Vollmacht begründen kann (s. hierzu OLG München DNotI-Report 2019, 125 f.; OLG Stuttgart DNotI-Report 2019, 126 f.).

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO §§ 19 Abs. 1 S. 1, 14 Keine Pflicht des Notars zu Nachfragen „ins Blaue hinein“

Der Notar ist bei der Gestaltung einer Ehegattenüberlassung nicht verpflichtet, ohne weitere Anhaltspunkte von sich aus über die Möglichkeit der Vereinbarung eines Rückübertragungsanspruchs für den Trennungs- oder Scheidungsfall zu beraten.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Celle, Hinweisbeschl. v. 25.11.2021 und Beschl. v. 5.1.2022 – 3 U 143/21

Problem

Der Eigentümer eines Grundstücks übereignete dies mit notariellem Vertrag im Jahr 2016 an seine Ehefrau, die gleichzeitig die auf dem Grundstück lastenden Grundschulden übernahm und sich wohl diesbezüglich auch der persönlichen Haftung unterwarf. Der Überlassungsvertrag enthielt verschiedene Rückübertragungstatbestände, allerdings keine Regelung für den Fall der Trennung oder Scheidung. Der Vertrag enthielt weiter ein Wohnungsrecht zugunsten des Veräußerers.

Der Veräußerer hatte den Entwurf des Überlassungsvertrages von einer Rechtsanwaltskanzlei erarbeiten lassen. Dieser enthielt die Formulierung, dass das Wohnungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers bestehen sollte. Der beurkundende Notar strich im Rahmen der Beurkundung die Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“. Im Jahr 2017 kam es zur Trennung der Eheleute, worauf im Zuge der Eheberatung vereinbart wurde, dass der Ehemann (=Veräußerer) für ein Jahr aus der Immobilie ausziehen solle. Der Ehemann mietete daraufhin eine Wohnung in Kenia.

Der Ehemann (=Kläger) ging nun klageweise gegen den Notar mit der Begründung vor, dieser habe es unterlassen, die Parteien über mögliche Rückübertragungstatbestände für den Fall der Trennung oder Scheidung aufzuklären und diese in die Urkunde aufzunehmen. Außerdem sei die Streichung der Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“ eigenmächtig durch den Notar erfolgt, der Kläger sei sich der Bedeutung nicht bewusst gewesen und hätte so nicht veräußern wollen. Geltend machte der Kläger nun den Verkehrswert der Immobilie, die Mietkosten in Kenia und die Kosten für Flüge nach Deutschland zum Besuch seiner Kinder. Das erstinstanzliche Gericht hat die Klage abgewiesen.

Entscheidung

Die Berufung des Klägers vor dem OLG Celle blieb ohne Erfolg. Der Notar habe seine Amtspflichten weder durch die unterlassene Aufnahme weiterer Rückübertragungstatbestände noch im Rahmen der Aufnahme eines Mitbenutzungsrechts anstelle eines (ausschließlichen) Wohnungsrechts verletzt.

Den Notar treffe nach § 17 Abs. 1 BeurkG die Pflicht zur Erforschung des wahren Willens der Beteiligten. Hierzu habe der Notar spätestens bei der Beurkundung die je nach Art des Rechtsgeschäfts regelungsbedürftigen Aspekte abzufragen und zu erörtern, ob die Beteiligten bewusst oder unbewusst über einen bestimmten Aspekt keine Regelung treffen wollen (BGH, Urt. v. 28.4.1994 – IX ZR 161/93). Dies gelte zunächst für alle Regelungsgegenstände, die nach der Art des Rechtsgeschäfts üblicherweise eine Regelung erfahren, jedoch auch darüber hinaus, wenn dies dem Willen der Beteiligten entspreche. Eine Pflicht zur Nachfrage „ins Blaue hinein“ bestehe dagegen nicht (BGH, Urt. v. 9.12.2010 – III ZR 272/09). Hieran gemessen fehle es an einer Amtspflichtverletzung des Notars, da es keinen Anhaltspunkt gegeben habe, dass ehebezogene Rückübertragungsansprüche in den Vertrag aufgenommen werden sollten.

Die Pflicht des Notars zur Erforschung des Willens ende dort, wo auch juristische Laien einen entsprechenden

Regelungswunsch ohne weitere Schwierigkeiten zum Ausdruck bringen könnten. Das OLG Celle bestätigte insoweit die Ansicht der Vorinstanz, wonach die Parteien den Wunsch einer Rückübertragungsmöglichkeit für den Scheidungsfall selbst hätten äußern können. Nachfragen des Notars hierzu wären „ins Blaue hinein“ gegangen. Der Notar sei nicht der „Lebensberater“ der Beteiligten und nicht ohne Anhaltspunkte dazu verpflichtet, darüber zu belehren, dass Situationen (wie Trennung oder Scheidung) eintreten könnten, in denen sie ihren Entschluss bereuten.

Daneben stelle auch die Aufnahme des Mitbenutzungsrechts in den Vertrag kein pflichtwidriges Verhalten des Notars dar. Dies ergebe sich schon daraus, dass andernfalls der Vertrag für die unerfahrene und ungewandte Ehefrau einseitig nachteilig gewesen wäre und es auch Aufgabe des Notars sei, dies zu verhindern (BGH, Urt. v. 28.4.1994 – IX ZR 161/93). Bei einem ausschließlichen Nutzungsrecht des Klägers hätte das Grundstück der Ehefrau für die Grundschulden gehaftet, ohne dass diese das Grundstück hätte nutzen können. Hieran ändere auch die fortbestehende Haftung des Klägers im Außenverhältnis gegenüber den Grundschuldgläubigern nichts.

Der Kläger könne auch nicht beweisen, dass der Notar über die Folgen der Vereinbarung eines Mitbenutzungsrechts nicht aufgeklärt habe. Wer den Notar auf Schadensersatz in Anspruch nehme, weil dieser seine Pflichten nicht gehörig erfüllt habe, trage für dieses Unterlassen die Beweislast (BGH, Urt. v. 5.2.1987 – IX ZR 65/86). Die Schwierigkeit des sog. Negativbeweises werde dadurch behoben, dass die andere Partei (der Notar) nach Lage des Falls die Behauptung substantiiert bestreiten müsse – was der Notar getan habe – und diejenige Partei (Kläger), welche die Beweislast trage, die Unrichtigkeit dieser Gegendarstellung beweisen müsse.

Nach Auffassung des OLG Celle sei es auch lebensfremd, anzunehmen, dass der Notar in der Beurkundung vor den Augen der Parteien Streichungen am Vertragstext vornehme, ohne dies zu erläutern bzw. ohne dass die Beteiligten Nachfragen stellen.

Praxishinweis

Für die Praxis ist einmal mehr bestätigt, dass die Beratungs- und Belehrungspflichten des Notars ihre Grenzen dort finden, wo Regelungen über das für das Rechtsgeschäft übliche Programm hinausgehen, nicht erkennbar von den Beteiligten gewünscht sind und selbst juristische Laien als Beteiligte entsprechende Nachfragen selbst stellen könnten.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn